



Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at <http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content>.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

EL DERECHO CONSUETUDINARIO Y LA DOCTRINA DE LOS JURISTAS EN LA FORMACION DEL DERECHO INDIANO

El estudio del derecho indiano—desde el punto de vista externo—tiene innegable importancia. A su luz puede seguirse el origen y transformación del propósito político que ha inspirado la legislación; su carácter teórico y su inaplicabilidad práctica; puede observarse el modo peculiar que le han impreso las costumbres y la época; permite evidenciar sus modestos comienzos, su desarrollo paulatino, su vigoroso enriquecimiento como instrumento de gobierno; trasluce la ignorancia o la calrovidencia del conocimiento geográfico, étnico, político, y económico del imperio colonial; descubre la orientación de los estudios de derecho y la posible influencia ejercida, en la redacción de la ley, por estadistas y juristas. Por último, es indispensable el estudio de todos estos órganos productores de reglas jurídicas porque cada uno de ellos va reflejando aspectos múltiples de un derecho vivo de rico contenido. La noción del proceso histórico de este derecho es fundamental. Instituciones y costumbres que no están consignadas en la *Recopilación* de 1680—que solo inserta las que estaban en vigor—fueron autorizadas por leyes anteriores, derogadas despues; pero las instituciones y costumbres subsistieron vigorosamente, a veces, no obstante las disposiciones en contrario de las nuevas leyes.

De ahí la trascendencia que tuvo en América el derecho consuetudinario, pudiéndose decir de él que constituye todo un cuerpo de derecho positivo, formado natural y espontáneamente a espaldas de la legislación que se dictaba.

En primer término corresponde decir que el derecho indigena sobrevivió después de la conquista española e inspiró la legislación indiana mas de lo que comunmente se admite. El desarrollo de tal tópico, nos obligaría a apartarnos de nuestro tema

principal, que consiste en llamar la atención sobre el fondo de costumbres y prácticas jurídicas y sociales de los aborígenes que sirvió de base a la organización política y social hispano-americana. Hablando de las autoridades de los españoles en el Perú, recomendaba Matienzo a los gobernantes que no entraran

de presto a mudar las costumbres y hazer nuevas leyes y ordenanzas, hasta conocer las condiciones y costumbres de los naturales de la tierra y españoles que en ella habitan, que como es larga son diversas las costumbres, como los temples; hase primero de acomodar a las costumbres de los que quieren gobernar y andar a su gusto, hasta que ganadas con ellos la opinion y fee con la autoridad que tiene hazerles mudar costumbres, y si de golpe se quissiese quitar las bo rracheras de los indios que residen in Potosi, yr se an y si de golpe se quissiesen poner en orden a los caciques que no tiranizasen sus Indios, podria resultar de ello algun daño.¹

Y agregaba el docto magistrado: “gran prudencia ha menester al que governare”.

Se explica la enorme influencia ejercida por el imperio de las costumbres de los naturales de América, si se tiene presente que no pocas instituciones legisladas por España, se refieren sustancialmente a modalidades típicas de la organización de los indios. Es supérfluo recordar que la Mita, es institución aborígen; el regimen tributario impuesto a los indios por los españoles, se erigió sobre la base de la organización existente; y que acaso como trata de probarse hoy, las “provincias” en que estaba dividido el “huno” en el Perú, eran distritos que pasaron a convertirse en encomiendas.²

El derecho consuetudinario tuvo en Indias una fuerza legal reconocida en muchos casos, aun cuando el texto expreso de la Ley de Toro (que se mandaba observar en defecto de la legislación de Indias) mandaba que los ordenamientos y pragmáticas

¹ *Gobierno del Peru*, edición de la Fac. de Filosofía y Letras, Buenos Aires, 1910, pág. 118.

² “Observaciones sobre la organización social de Perú antiguo,” por E. Zunkowski, Lima, 1919.

debían aplicarse sin poderse alegar “que no son usadas e guardadas”.³

El rey Felipe IV por decreto del 29 de setiembre de 1628 (ley XXI, tit. II, del lib. II de la *Representación*) definió los requisitos que debía reunir la costumbre a que se refieran las mercedes reales.⁴

Solórzano alude varias veces al derecho consuetudinario indiano y exalta su importancia. El ilustre jurista tenía el concepto de que el buen legislador “ha de acomodar sus preceptos, conforme las regiones, y gentes a quienes los endereza, y su disposicion y capacidad”, debiendo “con su industria y humanidad mirar y disponer lo que les pueda convenir, como mas les convenga; como lo aconsejo gravemente Ciceron a su hermano, cuando estaba en el virreynato del Asia”. Fundado en el moderno concepto del derecho objetivo e histórico, Solórzano consideraba que “no menos diferentes suelen ser las costumbres de cada region, que los aires que las bañan y los términos que las dividen”,⁵ lamentándose “que varones tan doctos y prudentes hablaran facilmente con tanta generalidad”.⁶

³ Las Leyes IV, V y VI, tit. II de la Partida 1.a se ocupan de la costumbre y de sus maneras. Berni admite que la costumbre “o es interpretativa de la Ley o contra Ley o no aviendo Ley” (“Apuntamientos sobre las Leyes de Partida”, I, pág. 13, Valencia 1759). “La costumbre que interpreta la Ley no requiere noticia del Principe, y no puede extenderse de caso a caso ni de lugar a lugar” agrega el autor citado. Se admite que en ausencia de Ley la costumbre tiene fuerza de tal: y Bovadilla afirmaba que la costumbre “hace callar las leyes y Reescriptos de los Principes”, concluyendo en que se habia de juzgar por la costumbre si la ley no tuviera clausula derogatoria, “y en caso que la tenga, se entiende derogar la costumbre pasada pero no la futura, y que está por introducir, porque esta tiene fuerza de derogar la Ley, segun lo dispone una Ley de Partida, que dice asi: e aun ha poderio muy grande que puede tirar las Leyes antiguas, que fuesen fechas antes que ella”. (*Politica para corregidores*, Lib. III, Cap. VIII, Num. 195 y 196, Madrid 1775.)

⁴ “Cuando Nos fuéremos servidos—dice la ley citada de la *Recopilación de Indias*—de conformarnos en respuesta de consulta con lo que parece siendo costumbre: declaramos que esta no se ha de entender en dos o tres actos solos, sino en muchos continuados, sin interrupcion ni orden en contrario. Y para que tengan efecto las mercedes que hicieramos con este presupuesto, se han de fundar en costumbre asentada, fija sin alteracion ni prohibicion en contrario y con muchos actos en el mismo genero que lo confirmen.”

⁵ *Politica Indiana* pág. 109, Amberes 1703.

⁶ *Op. cit.*, pág. 127.

Especialmente, Solórzano invoca las prácticas del derecho consuetudinario, atribuyéndoles fuerza legal, en punto a los servicios que podían prestar los indios,⁷ del electo para una iglesia que administra mientras le viene la confirmación⁸ y con respecto a ciertos usos de mercaderes y contratantes de las Indias.⁹

Una prolija búsqueda en los archivos judiciales de la colonia podría suministrar preciosos elementos, para estimar la aplicación de que fué objeto el derecho consuetudinario en la magistratura de las Indias. Se sabe la importancia que este derecho tiene en la actividad comercial; los mercaderes del Río de la Plata, por ejemplo, se negaron a pagar el derecho de alcabala, en 1808, argumentando que “los usos y costumbres que introdujo la duración y sancionó el consentimiento de las autoridades han tenido siempre un lugar muy preferente en los Códigos de la Nación”. Después de aludirse a las leyes de Partida ya citadas que se ocupan del derecho consuetudinario, el petitorio termina diciendo: “De aquí nace que la costumbre sea tan sagrada, tan digna de respeto y observancia como lo es la misma voluntad del legislador”.¹⁰

Si no el origen, por lo menos la vigorosa existencia y continuo funcionamiento de algunas instituciones coloniales, como los cabildos abiertos, solo se explican a través del derecho consuetudinario. Según Bovadilla, el uso había determinado la reunión de consejos abiertos en los pueblos menores. En la *Recopilación de Leyes de Indias* (Ley II, tit. XI, lib. IV, real cédula de Felipe IV de 23 de noviembre de 1623) solo se habla de los cabildos abiertos para consignar la prohibición de elegir de su seno procuradores de la ciudad. Además de reconocer su existencia, no parece sino que la ley no le prohíbe otra cosa a los cabildos abiertos Lo cierto es que en los tres siglos de la dominación española, en pueblos mayores y menores, se celebraron cabildos abiertos. Buenos Aires del siglo XVI o de la centuria décima octava—cuando tenía apenas mil vecinos o cuando su población pasaba de 40,000 habitantes—convocó parte de su vecindario,

⁷ *Op. cit.* pág. 76. ⁸ *Op. cit.* pág. 273.

⁹ *Op. cit.* pág. 524.

¹⁰ Archivo General de la Nación, “Hacienda”, Legajo 137, Expediente 3467.

para consultarle sobre asuntos baladí o importantes cuestiones económicas y políticas. No es posible estudiar la vida del organismo de los cabildos abiertos a través de las variantes de la legislación o con ayuda de la doctrina, en mérito de la insuficiencia de tales antecedentes, si bien suministran los datos elementales para explicar su origen; en cambio debe llevarse a cabo, observando su funcionamiento, aproximándose al fenómeno vivo.

En cuanto a la doctrina científica de los estudiosos, especialmente versados en el derecho de Indias, no es aventurado establecer que la legislación dictada para América de fines del siglo XVI y hasta realizarse la *Recopilación* al terminar el siglo XVII, es obra completa de juristas e historiadores y que las reformas fundamentales del siglo XVIII fueron en gran parte aconsejadas por hombres de estado y economistas, en una época en que provocóse el florecimiento de los estudios de derecho patrio. No corresponde hacer mención en esta oportunidad de la obra legislativa de Juan de Ovando, Diego de Encinas, Aguiar y Acuña, Pinelo, Solórzano, que fué a perpetuarse en la *Recopilación* de 1680; así como tampoco, de la labor de Uztariz, Marques de la Ensenada, Ward, Ulloa, Rubalcaba, Campomanes, Jovellanos, que proyectaron las vastas reformas de carácter económico de la legislación indiana del siglo XVIII.¹¹ Pero queremos significar con respecto a los juristas indianos, que aparte de haber impulsado la elaboración del derecho del Nuevo Mundo, intervinieron eficazmente en su renovación, mejoramiento y progreso.

Como hombres de ley que eran, afirmaron la necesidad de implantar en las colonias, una administración ordenada y bien atendida, una dirección técnica y un gobierno jurídico y no de fuerza.

Matienzo y Solórzano consideraban que los virreyes del Nuevo Mundo debían tomar consejo de los hombres "que lo sean de

¹¹ Vease para estos puntos nuestros trabajos *Notas para el estudio del Derecho Indiano*, 1918, y *La política económica de España en América y la Revolución de 1810*, 1914.

aquella tierra y tengan más experiencia”.¹² Estimaban complejo el gobierno de la sociedad indiana, donde se experimentan

repentinas y peligrosas mudanzas, se ignoran las leyes municipales o no ay las que basten para todos los casos, y si nos queremos valer de las Romanas o de las de Castilla, repugnan con las que de antiguo tuvieron los naturales.

Los nombrados juristas afirmaban que debían enviarse al Nuevo Mundo en caracter de virreyes “a hombres Togados, versados y experimentados en los Supremos Consejos”, y no a “Cavalleros de capa y espada y Señores de Titulo”.

Entre todos los juristas, la obra del ilustre Juan de Solórzano Pereyra debe inspirar efusiva estimación en los americanos.

Solórzano, en efecto, figura entre los pocos escritores que defendieron con amor a los “criollos”, exaltaron sus virtudes y capacidad y proclamaron la necesidad de reconocerles iguales en derecho que a los españoles. Casi todo el capítulo XXX del lib. II de la *Política Indiana* es un alegato en favor de quienes Solórzano decía que “no se puede dudar que sean verdaderos Españoles”, aduciendo abundantes razones

“para convencer la ignorancia o mala intencion de los que no quieren que los criollos participen del derecho y estimacion de Españoles, tomando por achaque, que degeneran tanto con el cielo y temperamento de aquellas provincias, que pierden quanto bueno les pudo influir la sangre de España y apenas los quieren juzgar dignos del nombre de Racionales como lo solian hazer los judios de Jerusalem y Palestina, teniendo y menospreciando por barbaros a los que nacia o habitaban entre Gentiles . . . ”¹³

Tal actitud de Solórzano no es solamente simpática al corazón de los americanos; se impone tambien a su inteligencia y reflexión porque descubre en el sabio jurista un espíritu de vidente penetración en el porvenir entonces lejano, que plantearía con el tiempo la lucha entre la minoría gobernante y la inmensa masa social de los nacidos en la tierra.

¹² *Política Indiana*, pág. 447.

¹³ *Política Indiana*, pág. 127.

Solórzano ilustra, que quienes particularmente se encargaron de desacreditar a los criollos fueron los prelados españoles que pretendían excluirlos de las dignidades y cargos honrosos de sus ordenes, habiendo llegado a poner en duda, un obispo de Méjico, si los criollos podían o no ser ordenados de sacerdotes. Al Padre José de Acosta, que decía de los criollos "que maman en la leche de los vicios y lascivia de los indios", le contesta Solórzano observando la inmensidad de estos territorios sus diferencias y la de los naturales entre sí, para rechazar la afirmación simple y absoluta, aceptando en cambio que en muchos puntos los criollos "nacían bien templados y morigerados". Contemplaba con elevación y espíritu apostólico la suerte de otros hombres, y agregaba:

Fuera de que, assi como entre cardos y espinas se dan rosas y de las bestias fieras muchas se amansan. Assi tambien no ay tierra por destemplada que sea y de malos climas que no aya dado y dé muchas veces, insignes y claros varones en virtudes, armas o letras. . . .¹⁴

Después de testimoniar la existencia de muchos criollos

que han salido insignes en armas y letras y lo que mas importa en lo sólido de virtudes heroicas, exemplares y prudenciales, de que me fuera facil hazer un copioso Catalogo,

termina protestando contra la mala opinión difundida sobre ellos y de la injusticia y agravio que se les infería desconociéndoles el ejercicio de iguales derechos que a los españoles. Consecuente con tal principio proclama la conveniencia de que en la provision de los cargos, se prefiera en igualdad de méritos, a los que hubieren nacido en las Indias. Refiriéndose especialmente a los cargos de la Iglesia y Beneficio, lamentase en nombre de los criollos y fundado en diversas autoridades "que por muchos meritos que

¹⁴ Con más fervor, si cabe, Solórzano defendió a los indios. Admirables páginas tiene dedicado a este asunto en los Libros II y III. No solo abogó por ellos en sus escritos; fué un recto magistrado que castigó, sin piedad y sin miedo, los excesos de los encomenderos, sentenciando así: "sean privados de lo propio los que con fraude apetecieron lo ageno y se avergüenzan de quitar a quien deben dar y amparar y de quererse hacer ricos de la corta sustancia de aquellos pobres." (Op. *Política Indiana*, pág. 224.)

tuviessen no les tocaba un hueso roído”.¹⁵ Enseguida enumera las razones que le asisten para decidirse por la prelación de los naturales, aludiendo “al mayor amor que tendran a la tierra y patria donde nacieron” y al hecho de que

los criollos pocas veces consiguen en España premio alguno por sus estudios, meritos y servicios y si tambien se sintiessen privados de los que pueden esperar en sus tierras y que se los ocupaban los que se van de otras, podrian venir a caer en tal genero de desesperacion que aborreciesen la virtud y los estudios.¹⁶

Llegó a consignar—en afirmación audaz para su época—que alguno de los cargos del Supremo Consejo de Indias, debía proveerse con naturales de ellas o por lo menos con personas que hubieren servido muchos años en sus Audiencias.¹⁷

En 1646, Solórzano dió término a su docta obra que es monumento de derecho e historia indiana.

Hombre de estudio y estadista de vastas miras, la avanzada orientación ideológica de Solórzano, explica la profunda influencia que ejerció en el espíritu de la generación revolucionaria de América de fines del siglo XVIII.

En el más conspicuo representante de aquella generación en el Plata, Mariano Moreno, acaso han tenido tanta significación política las lecturas y comentarios del *Contrato social* de Rousseau, como de la *Política Indiana* de Solórzano.

RICARDO LEVENE.

Buenos Aires,
Noviembre de 1919.

Miembro de la Junta de Historia
y Numismática Americana; Pro-
fesor en las Universidades de
Buenos Aires y de la Plata (Repúb-
lica Argentina.)

¹⁵ *Política Indiana*, pág. 345.

¹⁶ *Op. cit.*, pág. 345.

¹⁷ *Op. cit.*, pág. 463.